

# Offentlige anskaffelser

Vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen

Kandidatnummer: 738

Leveringsfrist: 25.04.13. KL. 12:00

Antall ord: 9294



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
<b>1.1</b>	<b>Tema for oppgaven .....</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Problemstilling .....</b>	<b>1</b>
<b>1.3</b>	<b>Sentrale begreper .....</b>	<b>1</b>
<b>1.4</b>	<b>Videre fremstilling .....</b>	<b>2</b>
<b>1.5</b>	<b>Avgrensning .....</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>DEL I: DET RETTSLIGE OG TEKNISKE UTGANGSPUNKTET .....</b>	<b>3</b>
<b>2.1</b>	<b>Krav til offentlige anskaffelser, § 5 .....</b>	<b>3</b>
2.1.1	Grunnprinsipper .....	3
2.1.2	Forbud .....	4
<b>2.2</b>	<b>Terskelverdiene .....</b>	<b>6</b>
2.2.1	Hva er terskelverdiene? .....	6
<b>2.3</b>	<b>Kunngjøring .....</b>	<b>7</b>
<b>2.4</b>	<b>Konkurransegrunnlaget .....</b>	<b>8</b>
2.4.1	Kriterier for valg av leverandør .....	8
<b>2.5</b>	<b>Anbudsprosedyrer .....</b>	<b>9</b>
2.5.1	Åpen anbudskonkurranse .....	9
2.5.2	Begrenset anbudskonkurranse .....	10
<b>3</b>	<b>DEL II – HVA ER ET VESENTLIG AVVIK? .....</b>	<b>11</b>
<b>3.1</b>	<b>FOA § 11-11 e .....</b>	<b>11</b>
3.1.2	VESENTLIG AVVIK, NASJONALT TERSKELNIVÅ .....	11
3.1.3	MINSTEKRAV KRAVSPESIFIKASJONEN .....	13
<b>3.2</b>	<b>FOA § 20-13 e .....</b>	<b>13</b>
3.2.1	Vesentlig avvik EØS-terskelnivå .....	13

3.2.2	«serious misrepresentation» og vesentlig avvik.....	14
3.2.3	Vesentlig avvik EU-domstolen .....	14
3.2.4	Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, ny Art 74 .....	15
<b>3.3</b>	<b>Avvik.....</b>	<b>15</b>
3.3.1	Vesentlig avvik.....	16
3.3.2	Størrelsen på avviket .....	16
3.3.3	Viktigheten av et avvik .....	17
3.3.4	Minstekrav.....	19
3.3.5	Avvik i form av pris .....	20
<b>4</b>	<b>DEL III ARGUMENTASJONEN FOR VESENTLIG AVVIK I FORSYNINGSFORSKRIFTEN. ....</b>	<b>21</b>
<b>4.1</b>	<b>Forsyningsforskriften § 3-1 grunnleggende krav for alle anskaffelser .....</b>	<b>21</b>
4.1.2	DISKRIMINERING .....	22
4.1.3	OPPDELING .....	22
4.1.4	KONKURRANSEGRUNNLAG.....	22
4.1.5	ENDRINGER .....	23
4.1.6	FORHOLDSMESSIGHET.....	24
4.1.8	PLANLEGGING AV ANSKAFFELSE. ....	25
<b>4.2</b>	<b>Avvik forsyningsforskriften.....</b>	<b>26</b>
4.2.1	Likhetsprinsippet.....	26
4.2.2	Presumsjonsprinsippet.....	27
4.2.3	Rekkevidden av presumsjonsprinsippet .....	29
4.2.4	Likhets- og presumsjonsprinsippet sammen .....	29
<b>5</b>	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>31</b>
<b>5.1</b>	<b>Lover .....</b>	<b>31</b>

<b>5.2</b>	<b>Forskrifter .....</b>	<b>31</b>
<b>5.3</b>	<b>Forarbeider .....</b>	<b>31</b>
<b>5.4</b>	<b>Avgjørelser .....</b>	<b>31</b>
5.4.1	KOFA.....	31
5.4.2	Lagmannsrett.....	32
5.4.3	Høyesterett .....	32
5.4.4	Internasjonale avgjørelser .....	32
<b>5.5</b>	<b>Litteratur.....</b>	<b>32</b>
<b>5.6</b>	<b>Andre kilder .....</b>	<b>32</b>

# **1 Innledning**

## **1.1 Tema for oppgaven**

Lov om offentlige anskaffelser § 1 «Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt (...) likebehandling (...)». Dette er grunnen til at vi har regler om vesentlig avvik.

Tema for oppgaven er vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen i offentlige anskaffelser.

Spørsmålet om et avvik er vesentlig eller ikke, beror i stor grad på hvordan tilbudet forholder seg til kravspesifikasjonen. Tilbudene skal derfor så langt det er mulig være like, så det lettest mulig skal kunne sammenliknes hvordan de forholder seg til kravspesifikasjonen.

Oppgaven tar hovedsakelig for seg vesentlig avvik i forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene.

## **1.2 Problemstilling**

Problemstilling oppgaven er: Hva er et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen?

## **1.3 Sentrale begreper**

«Forbehold» og «avvik», vil i oppgaven bli brukt litt om hverandre. Årsaken til det er at argumentasjonen for om det foreligger et vesentlig forbehold, eller et vesentlig avvik, praktisk talt er identisk, for de to tilfellene. Når det dras fram rettspraksis i oppgaven, blir de brukt som eksempler for hverandre, uten at det er dratt noe klart skille.

«Kravspesifikasjonen» og «konkurransegrunnlaget», brukes om hverandre, og er ment å beskrive en og samme ting.

«Forskrift om offentlige anskaffelser» blir forkortet FOA

«Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren» blir forkortet FF

«Lov om offentlige anskaffelser» blir forkortet offanskl.

## **1.4 Videre fremstilling**

DEL I – Det rettslige og tekniske utgangspunktet

I Del I står lov om offentlige anskaffelser § 5 sentralt. Oppgaven gjør rede for utgangspunktet for anbudskonkurransene. Den går ganske grunnleggende til verks, og tar sikte på å gjøre rede for helt elementære elementer ved offentlige anskaffelser, for å ha et fundament for den videre fremstillingen.

DEL II – Hva er et vesentlig avvik?

Her forsøker jeg å svare på hva som er et vesentlig avvik. Sentralt i denne Del II står FOA § 11-11 e. og § 20-13 e., har bruker oppgaven en del plass på å vise forskjellige vesentlige avvik, og sette inn i en større kontekst.

DEL III – Argumentasjonen for vesentlig avvik i Forsyningsforskriften.

I siste del av oppgaven tar den for seg vesentlig avvik etter forsyningsforskriften. Det blir her lagt spesiell tyngde på likhets- og presumsjonsprinsippet.

## **1.5 Avgrensning**

I hovedsak avgrenses oppgaven mot andre forhold som kan føre til avvik, for eksempel forhold ved leverandøren, FOA §§ 11-10 og 20-12. Oppgaven forholder seg som sagt inkluderende i forhold til §§ 11-11 d. og 20-13 d., uten at dette på noen måte kommer klart frem av oppgaveteksten, da hensikten bak, og virkningen av de to bestemmelsene glir såpass mye inn i hverandre.

Målet er at oppgaven skal gå fra offanskl § 5 til vesentlig avvik i forsyningsforskriften, uten for mange og store distraksjoner.

## **2 Del I: Det rettslige og tekniske utgangspunktet**

### **2.1 Krav til offentlige anskaffelser, § 5**

Det er noen grunnleggende krav til offentlige anskaffelser, disse finner vi i offanskl. § 5. De tar sikte på å ivareta rettssikkerhet og likebehandling. Dette bygger på det alminnelige prinsipp om forsvarlig saksbehandling, anbudsrettslige regler og regler som følger av EØS-regelverket<sup>1</sup>.

#### **2.1.1 Grunnprinsipper**

Prinsippene som kommer frem av bestemmelsen er viktige for å sikre at alle leverandører har samme mulighet til å inngå avtaler med det offentlige, med de samme vilkår, innenfor de samme rammene. Reglene skal også sørge for effektive og gode beslutninger, og at det offentlige disponerer fellesskapets midler, på en økonomisk god og fornuftig måte. Dette kommer frem av lovens formålsbestemmelse, jf. § 1. Det er her viktig å huske at effektivitet er et sentralt moment, selv om regelverket kan fremstå som innfløkt og tungvint<sup>2</sup>.

Et av grunnprinsippene i anbudsretten er at alle anskaffelser skal skje på grunnlag av konkurranse. Det er kun ved helt spesielle forhold at det kan gjøres unntak fra den formelle likebehandlingen, noe jeg vil komme tilbake til senere.

For å sikre likebehandling, gunstige økonomiske vilkår og gode forretningsmessige forhold, er det mest ønskelig at det holdes en konkurranse mellom forskjellige potensielle leverandører, jf. § 5, 2. ledd. Offentlige kontrakter er gunstige for leverandøren, og innebærer ofte stor og langsiktig trygghet. Dette fordi det ofte er snakk om store leveranser. For det offentlige er det viktig at kontraktsgjenstanden enten leveres til lavest mulig pris, eller det økonomisk mest fordelaktige, i forhold til kvalitet, og ikke minst trygghet i forhold til gjennomførelse og leveringstid.

---

<sup>1</sup> jf. NOU 1997:21 kap. 11.3 (side 83)

<sup>2</sup> <http://www.smp.no/meninger/article483239.ece>

Ved å arrangere en konkurranse, der man sammenlikner tilbud fra forskjellige leverandører, ønsker man at leverandørene kommer med sitt absolutt beste tilbud. Den etterfølgende selekteringen skal motivere leverandørene til å komme med sitt mest gunstige tilbud, og at prisen derfor skal være «ferdig pruta». På den måten sikrer man seg det beste tilbudet på kontraktsgjenstanden, uten store forhandlinger.

De faste rammene skaper trygghet, ikke bare mellom oppdragsgiver og leverandør, men også mellom leverandørene. Oppdragsgiver skal «sikre forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet» jf. § 5, 3. ledd. Hensynet her er at bestemmelsen skal virke tvisteforbyggende, ved at de ulike leverandørene i ettertid, har mulighet til å gå gjennom prosessen og kontrollere at alt har gått riktig for seg<sup>3</sup>.

### **2.1.2 Forbud**

Etter § 5, 4. ledd, skal «utvelgelse av kvalifiserte leverandører og tildeling av kontrakter skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier». Dette legger en ramme for hva oppdragsgiver kan legge til grunn ved valg av leverandør. Videre setter 5. ledd opp noen absolutte vilkår for hva oppdragsgiver ikke har muligheten til gjøre:

«Oppdragsgiver skal ikke diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet», jf. § 5, 4. ledd bokstav a. Denne bestemmelsen henger sammen med de forpliktelsene Norge har bundet seg til gjennom EØS-avtalen, jf. EØS-avtalens Art. 4, og andre folkerettslige avtaler. Innenfor EØS-avtalen er kravet til diskriminering strengt, der både faktisk og potensiell diskriminering kan falle inn under bestemmelsen. Forbudet mot diskriminering kommer også frem av lovens egen formålsbestemmelse, jf. § 1, der prinsippet om likebehandling fremgår. Dette er for å fremme at flest mulig kan være med i konkurransen, både på nasjonalt og internasjonalt plan.

«Oppdragsgiver skal ikke bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse», jf. § 5, 4. ledd bokstav b. Med dette menes at oppdragsgiver ikke kan sette minstekrav som fremmer en leverandør fremfor en annen. En teknisk

---

<sup>3</sup> jf. NOU 1997:21 Kap 21 § 5.



spesifikasjon skal være generelle, og sørge for at leverandørene har «like muligheter» og videre skal den ikke «medføre unødvendige hindringer» se FOA § 8-3, 2 ledd, jf. 4. ledd og § 17-3.

«Oppdragsgiver skal ikke dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse», jf. § 5, 4.ledd, bokstav c. Det bestemmelsen tar sikte på å forhindre, er at oppdragsgiver deler opp anskaffelsen i så små deler, at han unngår de gitte terskelverdiene<sup>4</sup> for å slippe å forholde seg til regelverket, jf. FOA § 2-3, 4. ledd. Men det er her viktig å merke seg at det bare er i forhold til beregning av anskaffelsens verdi at oppdeling ikke er tillatt<sup>5</sup>. I KOFA 2003/8 hadde Mandal kommune satt i gang et arbeid med å bygge et kommunalt bygg. For å slippe tidkrevende planlegging, hadde de selv opptrådt som «entreprenør» og leid inn ulike «underleverandører» til å levere de ulike delene av bygget. Ingen av disse kontraktene var på mer enn 170.000, og skulle derfor i utgangspunktet ikke være omfattet av regelverket. Men samlet var de på 945 000,- eks. mva, og det viste seg at det var leverandører som kunne gi tilbud på hele anskaffelsen, eller i hvert fall store deler av den. KOFA konkluderte med at dette var en oppdeling som var i strid med loven.

#### **2.1.2.1 Unntak**

Det er i denne sammenheng viktig å poengtere at det kun er de oppdelinger som gjøres i den hensikt å omgå regelverket, som er ulovlig. Det er derfor ikke gitt at enhver oppdeling vil stride mot denne regelen. En oppdeling kan bli valgt for å styrke konkurransegrunnlaget. Skal en anskaffelse deles opp, må dette gjøres ved at leverandører får anledning til å komme med tilbud på hele eller deler av kontrakten, og dette skal i så fall komme klart frem av konkurransegrunnlaget. I KOFA 2009/89 hadde oppdragsgiver åpnet for muligheten til å by på spesifiserte deler av anbudet i kontraktsgrunnlaget. Dette ble gjort fordi det ville svekke konkurransesituasjonen dersom det kun skulle være mulig å by på hele anbudet.

---

<sup>4</sup> Se dette dokumentets punkt 2.2 Terskelverdier

<sup>5</sup> FOA § 2-3 (4), Note (33): <http://abo.retttsdata.no/browse.aspx?sDest=gF20060407NR402P2z2D3>

Her ser vi at det er anledning til å dele opp anbudet, når hensikten er å øke antall mulig tilbydere.

## **2.2 Terskelverdiene**

Forskrift om offentlige anskaffelser er bygd opp i et trinnvist system, der reglene blir litt strengere for hvert trinn. Mens forsyningsforskriften har sitt eget system, som på mange måter er likt det man finner i FOA del III. I forhold til drøftelse om vesentlig avvik, er dette ikke relevant å gå nærmere inn på, da dette er like strengt i alle.

For å avgjøre hvilken del av forskriften vi er i vil det være avgjørende hvor stor kontrakten er, og hva den gjelder. Terskelverdiene forteller oss hvilket regelverk vi skal følge. Terskelverdiene følger av EØS- og WTO-avtalen, og settes av Fornyings-, Administrasjon- og Kirkedepartementet hvert andre år, justert i forhold til valuta. Dette fordi den skal være likest mulig for landene som er bundet av avtalen.

### **2.2.1 Hva er terskelverdiene?**

FOA del I og II, gjelder nasjonale anskaffelser. Den nasjonale terskelverdien er på 500.000 NOK. Denne bestemmes av norske myndigheter alene, og kan ikke være høyere enn de terskelverdiene som følger av de folkerettslige avtalene. Det vil si at vi i Norge har valgt å anvende tilsvarende regler også på mindre anskaffelser. Oversikt over de andre terskelverdiene kan man finne på regjeringen.no<sup>6</sup>.

Når vi snakker om vesentlig avvik, er det litt ulikt hvordan dette kommer til uttrykk i de forskjellige forskriftene, jeg vil derfor ta sikte på å behandle forskriftene hver for seg i det følgende.

I FOA, er vurderingen i forhold til vesentlig avvik den samme, uavhengig av terskelverdi, som kommer til uttrykk i FOA del II § 11-13, 1.ledd, e. og FOA del III § 20-13, 1. ledd, e.

I FF blir vesentlig avvik tolket ut fra lovens § 5 og FF § 3-1, noe jeg vil komme tilbake til senere.

---

<sup>6</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2012/justerte-terskelverdier-for-offentlige-a.html?id=686905>

## 2.3 Kunngjøring

Når en oppdragsgiver skal legge ut en kontrakt på anbud, skal dette gjøres i form av en kunngjøring<sup>7</sup> som inviterer alle interessenter til å delta i konkurransen. Så fremt det ikke er kunngjort i kunngjøringen, skal oppdragsgiver utarbeide et konkurransegrunnlag. Dette er et dokument som skal gå ut til alle interessert tilbudsgivere, og skal inneholde<sup>8</sup>:

- Hva som skal anskaffes, og eventuelt mulighet, for å gi tilbud på deler av kontrakten.
- Hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt, hvordan konkurransen skal gjennomføres, med kriterier for tildeling.
- Hvordan tilbud og vedlegg skal utformes, og frist for innlevering av tilbud med dato og klokkeslett. Det skal også informeres om adgang til å komme med alternative tilbud, krav til opplysninger om bruk av underleverandører, og muligheten til å ta forbehold.
- Hvilke alminnelige eller spesielle kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget.

I mange tilfeller vil oppdragsgiver ønske å bruke standardkontrakter som er utarbeidet for det spesifikke kontraktsområdet. I disse tilfellene skal disse standardkontraktene henvises til, eller legges ved konkurransegrunnlaget.

Et anbud blir offentliggjort for alle interessenter ved at det blir kunngjort i internett-databasen DOFFIN, som er en nasjonal portal for offentlige anskaffelser. Der har alle anledning til å se etter anbud av interesse.

I de tilfellene vi er over EØS-terskelverdiene, skal anbudet publiseres i TED. Dette er en database tilsvarende DOFFIN, hvor alle leverandører i EU kan gå inn for å finne de forskjellige anbudene. Når anbud er publisert i henholdsvis DOFFIN og TED, er kravet til publisering imøtekommet. Det er egne regler om kunngjøring i TED, disse finnes i FAD § 18-1. Oppgaven går ikke videre inn på dette.

---

<sup>7</sup> Protokoll for kunngjøringen finnes på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/offentlige-anskaffelser-skjemaer.html?id=417580>

<sup>8</sup> FAD § 8-1

## 2.4 Konkurranses grunnlaget

Det er for FOA Del III et krav om utarbeidelse av konkurranses grunnlag, i motsetning til del II der dette er frivillig. Når oppdragsgiver kunngjør et anbud skal det utarbeides et konkurranses grunnlag som skal være tilgjengelig for potensielle leverandører. Konkurranses grunnlaget er en spesifisering for hva oppdragsgiver ønsker utført.

Av konkurranses grunnlaget, skal det minimum komme frem<sup>9</sup>:

- Hvilken ytelse som skal anskaffes.
  - Hvordan konkurransen skal gjennomføres.
  - Hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt.
  - Endelig frist for tilbud Dato og Klokkeslett
  - Vedståelsesfrist, hvor lenge tilbudet er bindene for leverandør.
    - Om ikke annet er bestemt er denne kl 24:00, 30 dager etter endelig frist for tilbud,
- jf. § 19-6
- Den relative vekten av tildelingskriteriene, eller tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, jf. § 22-2.
  - Språk for tilbud
  - Henvisning til kunngjøringen

### 2.4.1 Kriterier for valg av leverandør

Etter FOA § 22-2 2. ledd skal «Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i (...) konkurranses grunnlaget». Dette innebærer at det på forhånd skal fremgå hvilke kriterier som blir vektlagt. I forhold til vesentlig avvik vil punktet om relativ vektning av tildelingskriteriene, eller den prioriterte rekkefølgen av tildelingskriteriene, være mest interessant. Det er disse som forteller leverandører hva som er viktig og hva som er mindre viktig, og vil være avgjørende for leverandørens utarbeidelse av tilbud. Avvik fra det leverandøren anser som viktig kan lettere bli sett på som et vesentlig avvik, enn det leverandøren anser som mindre viktig. Dette vil også være avgjørende for hvor langt presumsjonsprinsippet kan dras, noe jeg kommer til senere.

---

<sup>9</sup> Se. FOA § 17-1, jf. FF § 10-2

## **2.5 Anbudsprosedyrer**

Det er flere typer anskaffelsesprosedyrer som kan tas i bruk i forbindelse med en anbudskonkurranse. Som nevnt tidligere, så skal oppdragsgiver i kunngjøringen gjøre rede for hva slags anbudskonkurranse som vil bli benyttet. Han er også bundet til denne gjennom hele konkurransen, det samme gjelder leverandørene.

Forskriftene stiller opp flere prosedyremåter<sup>10</sup>, men jeg velger her å kun fokusere på de tre vanligste, som er åpen anbudskonkurranse (punkt 5.1), begrenset anbudskonkurranse (punkt 5.2) og konkurranse med forhandling (punkt 5.3)

### **2.5.1 Åpen anbudskonkurranse**

Åpen anbudskonkurranse gir anledning for alle interesserte tilbydere å komme med tilbud, men setter en grense ved at man ikke tillater forhandlinger, jf. FOA § 4-2 bokstav a. Dette innebærer at det ikke er tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet, jf. FOA §12-1. Forbud mot forhandlinger skal forhindre spekulering og uklarhet rundt tilbudene, og er viktig forutsetning for å sikre forutberegnelighet.

Avklaringer er imidlertid tillatt, dette følger av FOA § 12-1, 2.ledd. Dette gjelder avklaringer for å få klarhet i uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Det er allikevel ikke anledning til å be om avklaringer dersom uklarhetene og ufullstendighetene er av den art at tilbudet skal avvises etter FOA § 11-11 1.ledd, eller hvis avklaringene endrer konkurranseforholdet. Det er en forutsetning for avklaring at uklarheten ikke faller inn under avvisningsbestemmelsen i § 11-11.

---

<sup>10</sup> Jf. FOA § 4-2 og FF § 4-2

## 2.5.2 Begrenset anbudskonkurranse

For begrenset anbudskonkurranse gjelder samme regler som for åpen anbudskonkurranse, hva angår forbud mot forhandlinger. Det som skiller dem, er at en begrenset konkurranse kun er for inviterte tilbydere. Det betyr at en begrenset anbudskonkurranse vil ha to faser, der fase én er å finne kvalifiserte tilbydere. På samme måte som for åpne anbudskonkurranser, har alle interesserte anledning til å søke om å bli med i konkurransen. Av disse vil kun et begrenset antall bli valgt ut, dette antallet tilsvarer det oppdragsgiver har meldt i kunngjøringen, jf. FOA §8-6. Utvelgelsen bør gjøres i forhold til hvem som er best kvalifisert, hvem som gir best konkurransedynamikk eller loddtrekning<sup>11</sup>. Problemet her er at konkurransedynamikk ikke går så godt overens med likebehandlingsprinsippet. I [C-360/89](#) kommer det klart frem at enhver form for skjult forskjellsbehandling strider mot artikkel 59. Som følge av dette, vil konkurransedynamikk og loddtrekning kun være holdbar der terskelverdiene til EØS-reglene ikke overgås.

Der terskelverdiene er under EØS-terskelverdien, skal det minimum være tre tilbydere, mens der de er over, skal det være minimum fem, jf. FOA §§ 8-6 3. ledd og § 17-6 3. ledd. Dersom det skulle vise seg at det ikke finnes nok kvalifiserte leverandører, er dette ikke til hinder for å gjennomføre konkurransen.

## 2.5.3 Konkurranse med forhandling

Dersom det skal benyttes konkurranse ved forhandling, skal dette gjøres rede for i utlysningen av anbudet. Videre vil prosessen gå likt som ved åpne- og begrensede konkurranser, frem til oppdragsgiver sitter igjen med en et redusert antall tilbud. Oppdragsgiver setter da i gang med forhandlingene. Dette for å kunne ha en fleksibel løsning, der dette er nødvendig. Typisk når man vet hva man skal ha men ikke hvordan man vil ha det, og derfor trenger fleksibilitet i forhold til utforming. Men det stilles også her strenge krav til gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og også hva man kan forhandles om. Forhandlingene

---

<sup>11</sup> Se FAD veileder, punkt 9.4.4:  
[http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/9.html?id=476393](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/9.html?id=476393)

skal i størst grad dreie seg om spesifikasjoner. Om det blir gjort store endringer i forhold til kravspesifikasjonen, skal de andre tilbyderne informeres om dette.

#### **2.5.4 Vesentlige avvik i forhold til prosedyrevalg**

I forhold til vesentlig avvik, kan valget av anskaffelsesprosedyre være av betydning. I en konkurranse med forhandling, vil leverandørene ikke nødvendigvis bli avvist for de samme forbehold, som de ville blitt avvist for i konkurranse uten forhandling, da det her skal være anledning til å forhandle om forbeholdene. Det vil derfor kunne være avgjørende for vesentlighetsvurderingen hvilken som er valgt.

### **3 DEL II – Hva er et vesentlig avvik?**

#### **3.1 FOA § 11-11 e.**

Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, FOA § 11-11 e. «det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget»

##### **3.1.2 Vesentlig avvik, nasjonalt terskelnivå**

§ 11-11 e. gjelder vesentlige avvik når terskelverdien er under EØS-terskelverdiene. Den gjelder for FOA Del I og II, som omhandler de tilfellene som kommer over den nasjonale terskelverdien.

«Vesentlige avvik», kan man i all enkelhet si er forhold ved tilbudet som ikke går over ens med konkurransegrunnlaget. Når disse forholdene er av en sånn karakter at leverandøren ikke lenger er bundet av konkurransegrunnlaget, og oppdragsgiver ikke lenger kan kreve oppfyllelse etter konkurransegrunnlaget, snakker vi om at det er et «vesentlig avvik». Jeg kommer nærmere inn på dette under presumsjonsprinsippet 4.2.2

Oppdragsgiver ville fortsatt ha kunnet kreve oppfyllelse, men dette ville da blitt utfra tilbudet til leverandøren, og ikke etter sine egne kravspesifikasjoner. Dette ville blitt med andre forutsetninger enn de oppdragsgiver først har satt opp, noe som ville vært i strid med likebehandlingsprinsippet. De leverandørene som har akseptert tilbudet, som det er, vil

her ha krav på likebehandling. Ved å akseptere et tilbud som avviker fra konkurransegrunnlaget, ville man bryte med dette kravet. I de tilfellene det kun er snakk om mindre avvik, vil dette ikke ha noen innvirkning på konkurransegrunnlaget. Det vil heller ikke ha noen innvirkning på oppdragsgivers krav på oppfyllelse. Det er viktig at avvikene er så små at det ikke gir leverandøren en økonomisk fordelaktig posisjon i forhold til de andre leverandørene. I andre tilfeller er avviket så stort at det får innvirkning på kontraktsgjenstanden, og forskyver derfor på balansen mellom leverandørene, sånn at de ikke lenger kan sammenliknes i forhold til kravspesifikasjonen. I disse tilfellene er det snakk om «vesentlige avvik». Men hva som fra gang til gang skal ansees som vesentlig, vil i hver enkelt sak bero på oppdragsgivers skjønn, som det skal mye til før klagenemnda kan sette til side, jf. KOFA 2009/254 premiss (78) «Hvorvidt et tilbud oppfyller kravspesifikasjonen, eller om eventuelle avvik må betraktes som vesentlige, vil langt på vei være innenfor det innkjøpsfaglige skjønn som klagenemnda vil være forsiktige med å overprøve.» Det er oppdragsgiver som vet best hva oppdragsgiver trenger. Det er derfor naturlig at klagenemnda vil være forsiktige med å overprøve dette.

Det det bør legges vekt på i en vurdering av om det foreligger vesentlige avvik, er hva oppdragsgiver har fremhevet som vesentlig i konkurransegrunnlaget, og hva tilbyder burde forstått var vesentlig i forhold til kontraktsgjenstanden. I LH-2009-45911 sier at «(a)vvik fra kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget skal lede til avvisning av tilbudet dersom avviket er vesentlig, jf. forskriften § 20-13 første ledd bokstav e). Ordlyden i bestemmelsen tilsier at det er den konkrete betydningen av avviket som er det sentrale for spørsmålet om avvisningsplikten». Man må se på hvor stort avviket er, viktigheten av forholdet det avvikes fra, avvikets betydning for gjennomføring av kontrakten og i hvilken grad avviket vil kunne forrykke konkurransen. Som nevnt ovenfor, vil også være viktig hvor vidt avviket gir en økt risiko for forsinkelse og skaper usikkerhet om kontraktsmessig oppfyllelse<sup>12</sup>, om kontraktsgrunnlaget flytter seg fra konkurransegrunnlaget, til tilbudet.

---

12

<http://abo.retsdata.no/browse.aspx?bid=historikk&grid=3504&sDest=gF20060407NR402D2> note 117 7.ledd



### **3.1.3 Minstekrav kravspesifikasjonen**

I konkurransegrunnlaget, eller kravspesifikasjonen, er det vanlig at oppdragsgiver oppstiller noen minstekrav til kontraktsgjenstanden. Dette er egenskaper som det for oppdragsvier er viktige at kontraktsgjenstanden har. KOFA 2004/291 prem. 28 sier det klart: «Tilbud som avviker fra fastsatte minstekrav, kan ikke aksepteres i konkurransen.» Dette prinsippet bekreftes av avtaleloven §6 1. ledd: «Fremtræder svaret som aksept, men stemmer det ikke med tilbudet, ansees det for avslag i forening med nytt tilbud»

I likhet med dette, skal det forstås slik at et tilbud med vesentlige avvik, nettopp ikke er en aksept av kravspesifikasjonen, men heller er å anse som et nytt tilbud. Det blir derfor feil å ta dette med i sammenlikningen med de andre leverandørene.

Det er allikevel viktig å få med at i de tilfeller der avviket ikke får betydning for vurderingen og sammenlikningen av de forskjellige leverandørene, foreligger det avisningsrett, men ingen avvisningsplikt, jf. § 11-12 2. ledd b. § 11-12 2. ledd, tar for seg de tilfeller, der en oppdragsgiver kan avvise en leverandør, uten at det er noen plikt til å gjøre dette. Jeg velger å ikke gå noe videre inn på dette.

Jeg vil senere gå dypere inn på hva som regnes som vesentlig avvik.

## **3.2 FOA § 20-13 e.**

### **3.2.1 Vesentlig avvik EØS-terskelnivå**

§ 20-13 e. gjelder vesentlige avvik når terskelverdien er over EØS-terskelverdiene. Del III av FOA er noe strengere enn de to andre delene, men når det kommer til vurderingen av om det foreligger vesentlig avvik, er kriteriene de samme. Del III gjelder som sagt for de kontraktene som er over EØS-terskelverdiene. I disse tilfellene ønsker man å ha en likhet for leverandører innad i EØS, og man ser det som hensiktsmessig at det skal være de samme reglene som gjelder i de forskjellige landene. Dette bygger på prinsippet om homogenitet innenfor EU. EU-direktivet operer ikke med begrepet «vesentlig avvik», allikevel har vi valgt å ta dette med i våre bestemmelser. Grunnen til at § 20-13, e. er med i forskriftens del III, selv om vesentlig avvik ikke behandles i EU-direktivet, er for å harmonisere med forskriftens del II. Dersom man hadde utelatt dette punktet i del III, kunne det lett

gitt et inntrykk av at vesentlig avvik ikke skulle være avvisningsgrunn i disse anskaffelsene.

### **3.2.2 «serious misrepresentation» og vesentlig avvik**

EU-direktivet bruker uttrykket «serious misrepresentation» for å dekke noe av det samme, i artikkel 45. Dette gjelder riktig nok forhold ved leverandøren, og ikke forhold ved tilbudet.

Hva som ligger bak begrepet «serious misrepresentation», kommer ikke frem av direktivet. For eksempel overlegget som legges i begrepet «svik» i Avtalelovens § 30, «(...) (E)n viljeserklæring fremkaldt ved svik (...) binder den ikke den som har avgitt den», kan være en god forklaring på hva som ligger i begrepet<sup>13</sup>.

Svik blir i denne sammenhengen et litt smalt begrep. Svik avhenger av et forsett, mens «serious misrepresentation», går noe lenger, og dekker mer hva parten viste var feil eller burde ha visst var feil. For å imøtekomme dette vil «vesentlig avvik» være mer dekkende, fordi det også tar med seg denne uaktsomhetsdelen av begrepet. Eller sagt på en annen måte, så forholder det seg til tilbudet og konkurransegrunnlaget på en bedre måte. Ved at det klart kommer frem av ordlyden at det er forholdet mellom tilbud og konkurransegrunnlag som er avgjørende for vurderingen.

### **3.2.3 Vesentlig avvik EU-domstolen**

Når EU-domstolen behandler spørsmålet om det foreligger vesentlig avvik, knytter de dette til likhetsprinsippet i Art 2. Årsaken til at vi har et regelverk om offentlige anskaffelser, både i Norge og EU er for å sikre at leverandørene blir behandlet på like premisser. De argumentene vi benytter i vurderingen av et avvik i norsk rett, ser vi også at brukes av EU-domstolen, jf. Storebælt saken, C-243/89. I denne saken var avviket var av en sånn karakter at det påvirker deler av kontrakten, som kunne gi utslag på pris. Spørsmålet var om dette satt leverandøren i en fordelaktig posisjon i forhold til de andre leverandørene.

---

<sup>13</sup> EU's Udbudddirektiver (Steinicke, Groesmeyer) Art. 45.

Det er altså de samme kriteriene som avgjør om et avvik er vesentlig, som de kriteriene som avgjør om tilbudet strider mot likhetsprinsippet.

#### **3.2.4 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, ny Art 74**

Det ligger nå inne et forslag til en fornyelse av direktivet. Verdt å nevne er forslaget til ny Art 74, 1. som, sånn jeg forstår det, tar sikte på i å bli en slags § 20-13. Den vil gjelde avvisning i selekteringsdelen av en anskaffelse. Med andre ord i den fasen man sitter og sammenlikner tilbudene. Og sånn jeg forstår det, få en funksjon noe alla § 20-13.

(NY) Art. 74, 1.: «The objective rules and criteria for the exclusion and selection of economic operators requesting qualification in a qualification system and the objective rules and criteria for the exclusion and selection of candidates and tenderers in open, restricted or negotiated procedures or in innovation partnerships may include the exclusion grounds listed in Article 55 of Directive 2004/18 on the terms and conditions set out therein.»

### **3.3 Avvik**

Hvorvidt avviket beror på at tilbyderen har tatt et forbehold mot minstekravene, eller om det foreligger at avvik, uten at det er tatt forbehold, endrer i utgangspunktet ikke drøftelsen. Selv om det er regulert som to ulike paragrafer, jf. § 20-13, d. og § 20-13, e. Det som vil være avgjørende er vesentlighetsvurderingen.

I utgangspunktet skal det ikke tas forbehold i tilbud på offentlige anskaffelser. Forbehold skal behandles som en egen post i tilbudet, i de tilfeller der oppdragsgiver har gitt adgang til forbehold. Enkelte ting kan det være adgang til å forbeholde seg mot, mens andre ting ikke er anledning til å forbeholde seg mot. Hva det kan tas forbehold mot skal komme klart frem av konkurransegrunnlaget. Dersom et forbehold ikke er gjort rede for, så behandles forbeholdet som et vesentlig avvik. Samme gjelder for avvik.

### 3.3.1 Vesentlig avvik

Det er i ulike tilfeller at spørsmålet om vesentlig avvik kommer opp. Utgangspunktet for en anbudskonkurranse er alltid konkurransegrunnlaget. Det som er grunnlaget for om det er avvik eller ikke, er hvordan avviket i tilbudet forholder seg til konkurransegrunnlaget.

KOFA har gjennom sin praksis satt opp flere momenter som skal være med i en vesentlighetsvurdering, de har blant annet sagt at «Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.»<sup>14</sup>.

### 3.3.2 Størrelsen på avviket

For å avgjøre om avviket er vesentlig, er det i mange tilfeller nødvendig å se på hvor stort avviket er i forhold til det som blir etterspurt. Det opereres ikke med noen fast prosentvis standard. Men man kan allikevel se et slags mønster. Det er klart at mye her er opp til forvaltningens «frie skjønn», og det har klagenemnda som utgangspunkt ikke anledning til å overprøve. Det synes allikevel at nemnda har et slags mønster på et sted mellom 5 – 10 %, på hva som er et vesentlig avvik i forhold til den enkelte posten, og nærmere 10 % når det gjelder hele kontrakten. Er det snakk om et avvik som er større enn 10 %, så bør det uansett lyse noen røde lamper, og man bør se nærmere på anskaffelsens-, og avvikets karakter.

Et tilfelle som belyser dette er KOFA sak 2009/89. I denne saken er det en vurdering av om avviket er vesentlig i forhold til kontraktens mengde. Klager mente at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av at de ikke kunne levere fersk fisk, da fersk fisk var en stor del av kategorien «fisk». Nemnda kom frem til at det her forelå et vesentlig avvik. Det som var avgjørende var at fersk fisk var en så stor del av kontrakten, at det at det ville forskyve konkurranseforholdet mellom leverandørene, om dette ikke skulle være et

---

<sup>14</sup> KOFA 2008/58 (premiss 46)

minstekrav. I tillegg måtte det anses som en så stor utgift for de leverandørene som kom med tilbud på fersk fisk, at dersom dette hadde vært unnlatt, kunne tilbudene fått en annen karakter. Det at det var et krav om fersk fisk, kan ha hatt innvirkning på hvilke leverandører som valgte å gi tilbud, og dermed å delta i konkurransen.

Av hele matleveransen som ble lagt ut på anbud, så utgjorde ikke fersk fisk en veldig stor del. Det som her ble avgjørende, var at oppdragsgiver hadde åpnet for muligheten for kun å komme med tilbud på de enkelte kategoriene hver for seg. Fersk fisk var en så stor del av kategorien «fisk», at det har måtte dreie seg om et vesentlig avvik.

### **3.3.3 Viktigheten av et avvik**

Viktigheten av et avvik beror på hvordan avviket forholder seg til egenskaper ved kontraktsgjenstanden som er oppsatt av oppdragsgiver. Her blir vurderingen av om gjenstanden har en gitt egenskap, og om den ikke har det, hvor avgjørende dette er for kontraktsgjenstanden.

Som eksempel for vurderingen av om kontraktsgjenstanden har en gitt egenskap eller ikke, kan vi se på KOFA sak 2010/209. I denne saken skulle en kommune bygge en idrettshall. Et av minstekravene i konkurransegrunnlaget var at taket ikke skulle være flatt. I følge byggeforskriften, vil dette si at taket ikke skulle ha en helning på mindre enn 6°, mens et «kalt tak» som kommunen hadde etterspurt skulle hatt en helning på 10° - 15°. Nemnda kom frem til at i vurderingen av om avviket var vesentlig skulle det legges vekt på om det var mer eller mindre enn 6°, og ikke hvor stort avviket var fra 10° - 15°. Selv om avviket hadde vært vesentlig i begge tilfeller, er resonnement likevel interessant. Hadde for eksempel valgte leverandør hatt en helning på 7°, hadde dette vært akseptert som et ikke vesentlig avvik, selv om dette prosentvis i ganske stor grad fraviker det kommunen hadde sett for seg.

Dette er en vurdering som blir hensiktsmessig når minstekravene sier at kontraktsgjenstanden skal ha en gitt egenskap.

Et annet eksempel kunne vært at det ble lagt ut et anbud på en bromodul, som skal være en bestemt lengde. Og er den ikke akkurat så lang, kan den heller ikke brukes, og avviket vil være vesentlig.

Hva som er et vesentlig avvik er ikke nødvendigvis gitt, men vil avhenge av det bestemte tilfellet.

Et annet tilfelle kan vi finne i KOFA sak 2009/73. Oppdragsgiver NAV, skulle kjøpe inn nye trappeheiser, til typisk bruk i forbindelse med leiligheter, der det bodde folk med redusert funksjonsevne. Plassbesparende løsninger var her viktig. Her hadde oppdragsgiver presisert i konkurransegrunnlaget at det måtte være en vertikal avslutning på trappeheisene. Av fire leverandører var det kun klager som kunne levere dette. Nemnda kom frem til at avviket var vesentlig. Klager fikk derfor medhold i at de tre andre leverandørene skulle vært avvist på grunn av dette avviket. Det var i dette tilfellet et ganske dårlig konkurransegrunnlag, med flere feil. Oppdragsgiver hadde ikke opplyst noe om totalpris på anskaffelsen, noe de er pliktige til. Konkurransen skulle derfor vært avlyst. Det at anbudet uansett måtte avlyses, kan være grunnen til at nemnda her valgte ikke å gå inn på vurderingen av brudd på § 5, 5. ledd, b).

I et litt annet eksempel, som omhandlet «ønskede egenskaper» finner vi i KOFA 2011/182. I en begrenset anbudskonkurranse var det poengtert at det var ønsket at en heisekran skulle plasseres midt i en byggegrop. Klager mente at det forelå et vesentlig avvik, da valgte leverandør i tilbudet hadde plassert heisekranen utenfor byggegropen, med store inngrep i infrastrukturen rundt byggegropen. Nemnda kom frem til at dette kunne betraktes som et vesentlig avvik, men mente at det i dette tilfellet ikke hadde noe å si, fordi klager selv hadde plassert heisekranen utenfor byggegropen, bare på et annet sted.

Her vurderte nemnda avstanden fra hva oppdragsgiver hadde ønsket i konkurransegrunnlaget. Og kom frem til at det var et vesentlig avvik. Men fordi ingen av leverandørene kunne levere i tråd med oppdragsgivers ønske, ble ikke avviket ansett som diskvalifiserende.

Dette kan kun skje i begrensede anbudskonkurranser, da det ikke vil være rom for andre leverandører å komme med tilbud, dersom det hadde vært greit å plassere krana utenfor byggegropen.

KOFA 2009/115 Først en vurdering av om avviket var vesentlig, for deretter å avgjøre om avviket hadde innvirkning på anbudsproessen og vektingen mellom leverandørene. I denne saken som gjaldt banktjenester, for flere kommuner i Gudbrandsdalen, var pris

vektlagt 70% og kvalitet/egenskap 30%, Av disse 30% var 5% gjeldsrådgivning. Den valgte leverandøren hadde unnlatt å ta denne posten med, mens klager hadde denne posten med. Nemnda kom frem til at dersom posten ikke hadde vært med, kunne det vært aktuelt for flere leverandører å delta i konkurransen, og at det på dette grunnlag ville være feil å se helt bort ifra denne posten. Gjeldsrådgivning var ikke spesielt utpekt som minstekrav, men det at det var satt opp som en egen post med prising, og posten utgjorde 1/6 av kvalitet/egenskap, gjorde at klagenemnda kom frem til at det her forelå vesentlig avvik. Skal forøvrig nevnes at de to leverandørene hadde så lik score på de andre postene, at dette ble utslagsgivende for valg av leverandør.

Vi ser da at dersom det er blitt bedt om en spesifikk egenskap i konkurransegrunnlaget, vil dette bli tolket som et skal-, eller minstekrav, med mindre det er spesifisert at det er et kan-krav, eller en ønsket egenskap.

### **3.3.4 Minstekrav**

KOFA-sak 2010/109: (55) «Ettersom valgte leverandørs tilbud innebærer et avvik fra et minstekrav i kravspesifikasjonen anses det for å være et vesentlig avvik, og tilbudet skulle dermed ha vært avvist fra konkurransen, jf. § 20-13 (1) bokstav e.» Avvik fra minstekrav er i de fleste tilfeller automatisk et vesentlig avvik, og trenger derfor ikke en forholdsmessighetsvurdering, som avvik fra andre deler av konkurransegrunnlaget vil måtte være gjenstand for. Grunnen til dette er at minstekrav oppstiller kontraktsgjenstandens helt nødvendige egenskaper, og det å akseptere et avvik fra dette, vil være et klart brudd på likhetsprinsippet, jf. offanskl. § 5.

Man kan si at det er tre typer minstekrav, det er minstekravene som er spesifisert som minstekrav, det er poster som er så sentrale at man klart må forstå at det er minstekrav, og det er egenskaper oppdragsgiver har formulert at gjenstanden skal ha. Et eksempel på dette har vi i KOFA sak 2009/73, der trappeheisen skulle ha vertikal endeavslutning, og dette ble ansett som et minstekrav. Oppdragsgiver hadde her poengtert i konkurransegrunnlaget at trappeheisen skulle ha vertikal endeavslutning. Motsetningen til «skal»-krav, er «ønskede egenskaper». Et eksempel på det har vi i KOFA 2010/99 der klager mente at valgte leverandør av kopi- og multifunksjonsmaskiner skulle vært avvist på grunn av ve-

sentlige avvik fra kravspesifikasjonen. I kravspesifikasjonen, var spesifikk kvalitet ved maskinen betegnet som «ønskede egenskaper», nemnda kom derfor frem til at selv om det her forelå et avvik, var dette ikke å anse som vesentlig fordi det ikke avvek fra minstekrav.

KOFA 2008/58 I saken var klager avvist på grunn av vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen i henhold til FOA § 20-13 e. Av konkurransegrunnlaget kom det frem at det skulle bygges seniorboliger på minimum 30m<sup>2</sup> eksklusivt bad. I klager sitt tilbud, fulgte det med tegninger som viste 23,37m<sup>2</sup> per boenhet. Nemnda kom frem til at dette var et vesentlig avvik fra minstekravene, spesielt fordi innklagede hadde brukt termen «minimum» om de 30m<sup>2</sup>, og klager derfor klart måtte forstå at dette var et minstekrav. Avviket var på 28 %.

I KOFA sak 2009/89 hadde oppdragsgiver delt anskaffelsen opp i flere deler. Oppdragsgiver skulle ha levering av forskjellig typer mat; frukt/grønnsaker, tørrmat, kjøtt og fisk. Tilbyderne kunne komme med tilbud på en eller flere av kategoriene. Den omstridte kategorien var fisk. Under denne kategorien var det ramset opp en hel del forskjellig fisk og sjødyr, hvor noe var frossent og noe skulle være ferskt. Valgte leverandør kunne ikke levere fersk fisk, noe nemnda kom til at var et minstekrav. Når han ikke kunne levere fersk fisk, skulle han ha vært avvist, uavhengig av om han kunne levert samme type fisk frossen.

### **3.3.5 Avvik i form av pris**

Etter blant annet FOA § 22-2 er det sånn at «Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.»

Det som er realiteten bak det «økonomisk mest fordelaktige» tilbudet, er at oppdragsgiver kan sette opp de forskjellige kriteriene og vekte disse, deriblant pris. Det som skjer da, er at prisen blir likestilt med resten av kriteriene, og vektes på samme måte som disse, slik oppdragsgiver har ført dem opp i konkurransegrunnlaget.

Men i mange tilfeller er prisen bare ett av vurderingskriteriene, og vektes ulikt fra konkurranse til konkurranse. Det er derfor ikke sjeldent at det ikke er det tilbudet med lavest pris som nødvendig vis blir valgt. Som nevnt tidligere, så gis det i konkurransegrunnlaget en poengoversikt, sånn at leverandørene vet hvordan hver enkelt del av kontrakten



vektes. Prisen kan da vektes høyt eller lavt alt etter hva oppdragsgiver selv mener er viktig. Hvis en leverandør scorer for høyt eller for lavt på prisen, kan dette føre til avvisning.

Dersom en leverandør scorer for høyt, det vil si at han har en unaturlig lav pris, skal det dokumenteres hvorfor prisen er så lav, dersom dette ikke blir gjort er det grunnlag for avvisning, jf. FOA § 1-12, 1). Det som typisk kan forsvare en unormalt lav pris, kan for eksempel være at leverandøren har funnet en ny måte å tilvirke kontraktsgjenstanden, sånn at prisen derfor blir lavere.

Dersom han scorer for lavt, altså prisen er uforholdsmessig høy i forhold til anskaffelsen kan han avvises fordi prisen er for høy, kan han avvises på grunn av prisen alene, uten ytterligere drøftelser, på grunn av FOA § 20-2, men det ellers ikke noe i veien for at dette kan avvises på samme grunnlag som andre vesentlige avvik.

Det jeg forsøker å illustrere her er at prisen på anskaffelsen kan være en del av konkurransegrunnlaget, og et avvik her vil bli vurdert på samme måte som andre avvik, om det er vesentlig eller ikke.

Det at avviket i seg selv ikke er vesentlig, gjør ikke at det ikke er grunnlag for avvisning. Dersom den økonomiske konsekvensen av avviket er vesentlig, og setter leverandøren i en fordelaktig posisjon, kan avviket allikevel være vesentlig, jf. KOFA 2008/127<sup>15</sup>.

## **4 Del III Argumentasjonen for vesentlig avvik i Forsyningsforskriften.**

### **4.1 Forsyningsforskriften § 3-1 grunnleggende krav for alle anskaffelser**

§ 3-1 bygger på de samme prinsippene som offanskl § 5. Eksempler fra § 5 vil derfor også kunne gjøres gjeldene her.

Uavhengig av anskaffelsesprosedyre skal enhver anskaffelse være basert på konkurranse så langt det er mulig.

---

<sup>15</sup> Avvik forsyningsforskriften 4.2

I enkelte situasjoner vil det være uhensiktsmessig med konkurranse. I noen tilfeller finnes det kun én leverandør, og man vil være avskåret fra å ha konkurranse på det gjeldende anbudet. Konkurranse er for eksempel ikke alltid ønskelig når det er tale om rikets sikkerhet, eller tilsvarende sensitiv informasjon, noe som også kan fritta fra anbudsreglene.

#### **4.1.2 Diskriminering**

Leverandører skal ikke diskrimineres på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, jf. § 3-1 (3)

Dette er et grunnleggende prinsipp innen EU, og tar sikte på fri flyt av vare og tjenester over landegrensene. Når det er snakk om store kontrakter kan det fort være fristende for en kommune å «beholde pengene i bygda», men likebehandling står her sterkt, og er i hovedsak ufravikelig. Unntaket vil være der geografisk nærhet er en forutsetning for anskaffelsen.

#### **4.1.3 Oppdeling**

En anskaffelse skal ikke deles opp i den hensikt å omgå regelverket, jf. § 3-1 (3).

Det er som hovedregel ikke anledning til å dele opp en planlagt anskaffelse. Men det kan være hensiktsmessig å gi tilbydere mulighet til å komme med tilbud på deler av en anskaffelse. Først og fremst for å fremme konkurranse. Det kan tenkes at det på hele anskaffelsen vil være få mulige tilbydere, men hvis det er mulig å komme med tilbud på deler av den, kan det være flere mulige leverandører. Når anbudet skal legges ut, skal det spesifiseres i konkurransegrunnlaget, på hvilke deler det er mulig å komme med selvstendig tilbud.

#### **4.1.4 Konkurransegrunnlag**

Ved gjennomføring av konkurranser skal dette gjøres på en slik måte at leverandørene får den samme informasjon om hva tilbudet skal inneholde, og hvordan dette vektleg-

ges ved tildeling av kontrakt. Det at «vektlegges» brukes her, og ikke i § 5, har ingen reell betydning.

I konkurransegrunnlaget vil oppdragsgiver liste opp det han trenger, og anser som nødvendige egenskaper ved anskaffelsen. Dette blir så det felles grunnlaget leverandørene skal komme med tilbud på.

Det som er vanlig, er at oppdragsgiver setter opp hva som er de viktigste tildelingskriteriene i egne felt, som til sammen har en verdi på 100. Kriterienes verdi, blir da vektlagt prosentvis. For eksempel: 1: Pris 50%, 2: Leveringstid 30% og 3: Teknisk utførelse 20%, eller 1: Teknisk utførelse 90%, 2: Pris 5% og 3: Leveringstid 5%. Han velger så den leverandøren som kommer nærmest 100.

#### **4.1.5 Endringer**

Som vi kan se av KOFA praksis, så hender det at oppdragsgiver ombestemmer seg på hva konkurransegrunnlaget skal inneholde, og hvordan tildelingskriteriene skal vektles. Her er det strenge krav til hvordan endringer skal gjøres, og hvordan tilbyderne skal opplyses, og om det i det hele tatt er anledning til å kunne foreta endringer.

- Endringen skal ikke ha innvirkning på antall mulige tilbydere.

Det som er avgjørende er at dersom endringen hadde vært gjort før kontrakten kom på anbud, hadde det da vært mulig at flere enn de som nå er tatt med kunne tenke seg å komme med tilbud.

- Endringen skal ikke endre konkurranseforholdet mellom tilbyderne.

Dersom endringen gjør at noen av leverandørene ikke kan komme med tilbud på kontrakten, eller den setter en av leverandørene i en fordelsposisjon skal ikke endringen foretas.

Det vil i de fleste tilfeller være greit å ta vekk enkelte punkter oppdragsgiver finner unødvendig å ha med. Dette vil kunne være greit, så lenge endringen ikke er vesentlig, og endringene skriftlig informeres til alle tilbydere.

Det som av og til skjer er at oppdragsgiver oppdager at noe burde gjøres annerledes. Istedenfor å avlyse konkurransen, og starte prosessen på nytt, forsøker de å endre konkurransen sånn at den passer bedre til den nye situasjonen. Det blir da vanskelig for oppdrags-

giver å foreta endringen, uten å komme i strid med vilkårene ovenfor. Vilåårene har et stort nedslagsfelt. Endringene må i så fall være av mindre betydelig karakter for ikke bli rammet.

Resultatet blir at valgte leverandør, som i og for seg ikke har gjort noe galt, gir et tilbud med et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. Følgende av dette er at konkurransen må avlyses og prosessen må begynne på nytt. Hvis ikke det skjer vil det kunne være snakk om erstatning til de leverandørene som ikke ble valgt.

#### **4.1.6 Forholdsmessighet**

Konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen, jf. § 3-1 (5) Kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi<sup>16</sup>.

#### **4.1.7 God anbuds- og forretningsskikk**

Konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk, jf. § 3-1 (6)

Gjennomføringen av konkurransen skal være skriftlig. Dette er oppdragsgivers ansvar. Dette for å gjøre det enklere for tredjeperson/klageorgan i ettertid å få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet, jf. § 3-1 (7)

I klageorganet skjer all saksbehandling skriftlig. Det er derfor viktig for klageorganet at all nødvendig informasjon er skriftlig tilgjengelig. Det er også viktig i forhold til de leverandører som ikke blir valgt, at det er mulighet for etterprøvbarhet, i forhold til tillit til systemet.

---

<sup>16</sup> [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/14.html?id=476398](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/14.html?id=476398)

#### 4.1.8 Planlegging av anskaffelse.

Oppdragsgiver skal under planleggingen av en anskaffelse ta hensyn til livsyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen, jf. § 3-1 (8) Hva som så blir vektlagt, og hvordan det vektlegges skal komme klart frem av konkurransegrunnlaget.

En måte man for eksempel kan ivareta hensynet til livsykluskostnader, som nå begynner å bli mer og mer vanlig, er at man legger bygging og drifting av anskaffelsen inn i den samme kontrakten. Oppdragsgiver tar i bruk kontraktsgjenstanden, men overtar den først når denne driftsperioden er over, etter for eksempel 20 år. Leverandøren tilvirker og har ansvar og risiko for driftingen hele denne perioden. I mange tilfeller kan nettopp driftingen utgjøre en større verdi for tilbyder, enn det selve kontraktsgjenstanden har, og det å koble disse sammen, kan være med på å dra ned totalkostnadene på anskaffelsen. Det har til tider oppstått problemer med at man har kjøpt noe på ett budsjett, for så å drifte det på et annet budsjett, uten å ha helt kontroll på hva slags utgifter som vil komme. Det er derfor et behov for å ha en viss kontroll på dette, og at man tar inn morgendagens utgifter i vurderingen av anskaffelsen i dag.

«Universell utforming» er synonymt med «design for alle» og «inkluderende design». Dette innebærer at når man bygger noe, skal det kunne brukes av alle og være tilgjengelig for alle, uten å måtte etterinstallere spesielle hjelpemidler senere. Et eksempel på dette er Telenor sine lokaler på Fornebu, der alle byggets 10.000 rom er lett tilgjengelig for mennesker med forskjellige bevegellesproblemer<sup>17</sup>. Man skal derfor tenke på hvor det trengs ramper heis og terskelløse døråpninger og liknende, for å gjøre offentlige bygg mest mulig brukervennlig for brukere i alle livssituasjoner. De nye Oslostrikkene, er et annet eksempel på at universell utforming har fått større oppmerksomhet i tiden, da universell utforming, var et viktig kriterium i valg av nye trikker.

I planleggingen av anskaffelsen, står det at man skal legge vekt på miljømessige hensyn. Oppdragsgiver skal derfor se for seg hvilke miljømessige konsekvenser anskaffel-

---

<sup>17</sup> [http://no.wikipedia.org/wiki/Universell\\_utforming](http://no.wikipedia.org/wiki/Universell_utforming)

sen vil ha, i form av utslipp, støy og liknende, og ikke minst inngrep i naturen. Oppdragsgiver skal derfor legge vekt på dette når det kommer til plassering og utforming av prosjektet.

I disse tilfellene skal det foretas en kost/nyttevurdering, der nyttevurderingen skal stå sterkest, i forhold til krav oppdragsgiver skal legge til grunn i konkurransegrunnlaget.

## **4.2 Avvik forsyningsforskriften**

Forsyningsforskriften er på mange måter en slags oversettelse av EU direktivet. FF har derfor ikke den samme reglen om vesentlig avvik, som vi finner i FOA § 20-13. I vurderingen av om det foreligger et vesentlig avvik, vil drøftelsen derfor bli ganske lik drøftelsen EU-domstolen, se blant annet Storebælt C-243/89, som henvist til tidligere.

Avviket vil derfor bli vurdert ut ifra likhetsprinsippet, og presumsjonsprinsippet. At vesentlige avvik kan avvises på grunnlag av dette, følger av rettspraksis.

### **4.2.1 Likhetsprinsippet**

Likhetsprinsippet er som nevnt under «§ 5», et av de grunnleggende prinsippene for lov om offentlige anskaffelser, og har sin forankring i formålsparagrafen, jf. offanskl § 1. Et brudd på dette kan føre til avvisning/avlysning.

FF § 3-1 stiller opp de grunnleggende krav til alle anskaffelser som gjennomføres etter forsyningsforskriften. Disse er i stor grad de samme reglene som følger av offanskl § 5, og formålet bak EU-direktivet. Man kan derfor i stor grad anvende rettspraksis analogisk.

Det er oppdragsgivers plikt å sørge for at tilbudene sammenliknes på likest mulig grunnlag, og han skal derfor søke avklaringer der dette er nødvendig, for å oppnå likhet. «Likhetsprinsippet kan tilsi at det i bestemte situasjoner også kan innebære en plikt til å foreta avklaringer for å gjøre tilbudene sammenlignbare.» jf. KOFA 2008/153 premiss 108. Om dette ikke er mulig på grunn av forhold ved tilbudet eller tilbudets karakter, er dette leverandøren sin risiko, og av hensyn til de andre leverandørene skal han derfor avvises. Storebælt C-243/89 premiss 37 «Det skal i den henseende først bemærkes, at det følger af prin-

cippet om likebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelse i udbudsbetingelserne for at sikre muligheten for en objektiv sammenlikning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere.» Denne dommen bekrefter at likhetsprinsippet skal sikre muligheten for en objektiv sammenlikning av de inngitte tilbud.

Avvisning der det foreligger vesentlig avvik, kan man si er basert på ulovfestet grunnlag, men tar utgangspunkt i et lovfestet prinsipp.

Storebælt saken omhandlet «(...) en klausul, som ikke var i overensstemmelse med fællesskabsretten». Klausulen stred med konkurransegrunnlaget, da den kunne ha påvirket antall leverandører, og var derfor et vesentlig forbehold, konkurransen skulle derfor vært avlyst.

#### 4.2.1.1 Når kan leverandøren avvises

FF § 10-5 sier noe om når en leverandør kan avvises, og henviser til FOA § 20-12, som omhandler forhold ved leverandøren. EU-domstolen legger forholdet mellom likhetsprinsippet og Art 45, som tilsvarer FOA § 20-12, til grunn for at leverandøren kan avvises, på grunn av vesentlig avvik. Det er deretter en drøftelse av om det foreligger brudd i forhold til likhetsprinsippet, som fører til den endelige avvisningen.

Det er derfor en sammenkobling av offanskl § 5, FF §§ 3-1 og 10-5, som er hjemmelen for å avvise på grunnlag av vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen i forsyningsforskriften.

Det er derfor ingen reell forskjell på de krav som stilles til tilbudet, om anskaffelsen er innenfor FOA eller FF. Som sagt tidligere er FOA §§ 11-13 og 20-13 en forenkling av dette.

#### 4.2.2 Presumsjonsprinsippet

Presumsjonsprinsippet går ut på at oppdragsgiver som utgangspunkt skal kunne gå utfra at tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, og at eventuelle forbehold og avvik, er leverandøren sin risiko.

En avtale er bindene, et tilbud er en aksept av avtalen. Om tilbudet ikke fremstår som aksept av avtalen, er det da ikke lenger aksept, men et forslag til ny avtale. I en anbudskonkurranse, der alle leverandørene skal akseptere den samme avtalen, vil det ikke være rom for alternative avtaler.

Når en oppdragsgiver får inn et tilbud fra en leverandør, skal han i utgangspunktet, forvente at tilbudet er i tråd med konkurransegrunnlaget. Leverandøren er bundet til konkurransegrunnlaget, med mindre han har opplyst om avvik, eller opplyst om forbehold mot deler av konkurransegrunnlaget. Leverandøren er i så måte bundet av vilkårene i konkurransegrunnlaget, selv om det ikke stemmer overens med konkurransegrunnlaget, så lenge det er snakk om mindre avvik. LB-2008-610 legger til grunn at det er konkurransegrunnlaget som er utgangspunktet for hva partene er bundet til, og ikke tilbudet. På bakgrunn av dette kan vi si at det foreligger et presumsjonsprinsipp.

KOFA 2011/182 premiss (63) «Vurderingstemaet for om det foreligger et avvik er hvorvidt oppdragsgiver, hvis det inngås kontrakt med den aktuelle tilbyder, kan kreve utførelse i tråd med kravspesifikasjonen eller ikke.» Her foretar KOFA en vurdering av om avviket går utover presumsjonsprinsippet: (67) «Dersom innklagede hadde inngått kontrakt med klager i henhold til klagers tilbud kunne ikke innklagede ut fra klagers tilbudte kranplassering ha krevd utførelse av kranplasseringen i tråd med kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Klagers tilbud inneholdt dermed et avvik fra konkurransegrunnlaget, (...)»

Det er helt vanlig at det forekommer skrivefeil, eller misforståelser av mindre karakter. Der oppdragsgiver klart må skjønne at det er snakk om mindre forseelser, skal han se gjennom fingrene på dette, da leverandøren allikevel vil være bundet i tråd med konkurransegrunnlaget. Når leverandøren for eksempel unnlater å komme med tilbud på deler av anbudet, eller ikke kommer med pris på deler av anbudet, vet ikke oppdragsgiver om dette er en skrivefeil, eller om leverandøren bevisst har unnlatt dette i tilbudet sitt. I forhold til om leverandøren skal avvises eller ikke, må det gjøres en vurdering av om avviket er vesentlig eller ikke.



### 4.2.3 Rekkevidden av presumsjonsprinsippet

Det er anført at et slikt presumsjonsprinsipp må være meget snevert, for ikke å stride mot høyesterettspraksis<sup>18</sup>. I for eksempel Rt.2001 s.1288 PEAB var det snakk om forbehold som var tatt, PEAB ønsket å gå igjennom fremdriftsplanen med oppdragsgiver. Av dette kan man forstå at PEAB ikke aksepterte fremdriftsplanen. Spørsmålet blir da om kontraktens karakter kan endres, med en annen fremdriftsplan, og om en slik endring vil stride med likhetsprinsippet i § 5. Om så er tilfelle, vil det være snakk om et vesentlig avvik.

Funksjonen til presumsjonsprinsippet er å forhindre at ikke alle avvik fører til avvisning. Det høyesterett gjør er å avvise større avvik, fordi de er vesentlige. Istedenfor å si at presumsjonsprinsippet er snevert, vil jeg heller forklare det med at presumsjonsprinsippet er tilgivende, det tilgir de avvik som ikke er vesentlige. Mens likhetsprinsippet tar de avvikene som ikke bør tilgis. Man står igjen med spørsmålet om konsekvensen av avviket eller forbeholdet er greit, eller ikke greit. Grunnen til at jeg mener at det kan være misvisende å kalle det snevert, er fordi presumsjonsprinsippet, kan gå veldig langt på mindre viktige deler av konkurransegrunnlaget. Det kan samtidig strekke seg kort på helt sentrale deler av konkurransegrunnlaget, og det som er helt sentralt i en anskaffelse, trenger ikke være spesielt viktig i et annet.

### 4.2.4 Likhets- og presumsjonsprinsippet sammen

I et konkurransegrunnlag vil avvik i de forskjellige postene ikke bare vurderes ut fra om de er vesentlige i seg selv, de henger som oftest ganske tett sammen, og må vurderes i forhold til hverandre. Et eksempel på det, har vi i KOFA 2008/127.

KOFA sier «(Det kan) ikke utelukkes at en dobbelt så lang leveringstid ville kunne utgjøre en økonomisk, og dermed en konkurransemessig fordel for leverandøren. Etter en samlet vurdering mener klagenemnda at klagers leveringstid må anses som et vesentlig avvik/forbehold, som medfører plikt til avvisning hva enten forholdet vurderes etter § 20-

---

<sup>18</sup> TFF 2011-2 Vesentlige avvik og forbehold (side 108)  
<http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?sDest=gTFF2011z2D2z5FGOLLER>

13 (1) bokstav d eller bokstav e.» Leveringstiden i seg selv var her ikke et vesentlig avvik (presumsjonsprinsippet), men den økonomiske fordel av det favoriserte en leverandør, og det var derfor et vesentlig avvik (likhetsprinsippet).

Av denne avgjørelsen kan vi lese at likhetsprinsippet og presumsjonsprinsippet ikke trenger å ekskludere hverandre. De kan også virke sammen, for å tydeliggjøre avviket.

## **5 Litteraturliste**

### **5.1 Lover**

Lov om offentlige anskaffelser, med kommentarer

Avtaleloven

### **5.2 Forskrifter**

Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA), med kommentarer.

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (FF)

### **5.3 Forarbeider**

NOU: NOU 1997:21

### **5.4 Avgjørelser**

#### **5.4.1 KOFA**

KOFA 2003/8

KOFA 2004/291

KOFA 2008/58

KOFA 2008/127

KOFA 2008/153

KOFA sak 2009/73

KOFA sak 2009/89

KOFA 2009/115

KOFA 2009/254

KOFA 2010/99

KOFA-sak 2010/109

KOFA sak 2010/209

KOFA 2011/182

#### 5.4.2 Lagmannsrett

LB-2008-610

LH-2009-45911

#### 5.4.3 Høyesterett

Rt.2001 s.1288 PEAB

#### 5.4.4 Internasjonale avgjørelser

C-243/89

C-360/89

### 5.5 Litteratur

Groesemeyer, Lise og Steinicke, Michael: EU's Udbudsdirektiver, 2. utgave, 1. opplag, Danmark 2008

### 5.6 Andre kilder

<http://www.smp.no/meninger/article483239.ece>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2012/justerteterskelverdier-for-offentlige-a.html?id=686905>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/offentligeanskaffelser/offentlige-anskaffelser-skjemaer.html?id=417580>

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/9.html?id=476393](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/9.html?id=476393)

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/14.html?id=476398](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2012/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/14.html?id=476398)